

## 診療過誤訴訟上の諸問題

鈴 木 俊 光

### 一 はじめに

診療過誤訴訟 (medical malpractice case)<sup>(1)</sup> は、医師が医行為、すなわち疾病（予防、助産、整形行為を含む）の診察、治療を行うにあたって、故意または業務上必要な注意の懈怠ないしは未熟な技術によって、他人に損害を加えたことを理由として、患者の側から医師側に対してその責任を追及する訴訟である。

診療過誤の概念にいかなる範囲のものを取り込むかということ自体、一箇の問題であり、医師法にいう医師が過誤行為をなした場合だけをさすのか、患者が被害をうけた場合だけでなく附添人らが医師の指図不良のため伝染病に罹患した場合、これらの者からの賠償請求の場合も含むか、いわゆる美容整形の場合はどうかなどの問題もあるが、本稿では、診療過誤訴訟の主要な問題点が、医師、病院と患者、附添人との関係をどう評価するか、医師がその特殊専門的な業務を行うに際して、その義務の遂行に欠けるところがなかったかどうか、その義務に欠けたことが、損害発生の原因となっているかどうかにあると考えるので、一応、頭書のように定義づけたいと考える。

診療にあたって過誤のないことは保証しがたいところであり、すでに大宝律令中の職制律にも侍医、一般医師の診

療過誤の罪について定めがあり<sup>(2)</sup>、ハムラビ法典中にも過誤を犯した医師の手足切断の制裁についての定めがある。英国では、一三七四年に傷の手当を誤ったことを理由に外科医が訴求されており、米国では一七九四年に手術の失敗から妻を失った夫が医師を訴求し勝訴したのが最初の診療過誤訴訟であるといわれている<sup>(3)</sup>。

わが国においても明治三八年一月九月の大阪控訴院判決（法律新聞三二一号七頁）をはじめ、その後いくつかの診療過誤訴訟の判決例が紹介されているが、ここ数年、件数も急激に増え<sup>(4)</sup>、原告たる患者側の勝訴率も高まり、加えて、新聞の報道などで大衆の関心をひくことも多くなってきたので、医師、法律家の間でもこの問題に対する研究が活潑に行われるようになってきた。

戦後、この種の訴訟が増加した理由については、“人心の悪化”などといわれることもあるが、医師みずからの分析した、「個人の権利意識の向上、医学知識の普及、患者増加による診療の機械化、安全性の不十分な医薬品の出廻り、注射の乱用、弁護士や新聞記者の関心、医師の態度の問題、法律、規則、通達に対する医師の無関心、同業医師の非好意的発言、医師、医学生、看護婦、看学生の勉強不足」といった原因につきていっているといつてよいであろう<sup>(5)</sup>。なお、米国における診療過誤訴訟の増加について、同国の著名な医師らが、「手術の半分が未熟ないしは手術をするには不十分な訓練しかうけていない医師によってなされているものと思われる」「術中死の五〇パーセント近くが麻酔あるいは施術ないしはこの両者の判断あるいはテクニックの誤りによる」と卒直にのべ、また、「もし患者が帰責事由のある医師全部に対して、診療過誤訴訟を提起するとすれば、裁判所は現在の同種訴訟の三倍の訴訟によってあふれるであろう」とのべていることも注目されてよいだろう<sup>(6)</sup>。ところで、戦後の診療過誤訴訟においては人権思想の向上、損害填補制度の拡大ということを背景としてか、戦前における一三、五パーセントから六八・八パーセントと原告の勝訴率がきわめて高くなり、医師がその責任を負わねばならぬケースが増加している<sup>(7)</sup>。

判決例のなかには、事故の結果から医師の注意義務懈怠を推定し、責任排除の特別の事情を医師側が立証しない限り医師に過失があるとして被告を敗訴せしめているものもある。がんらい、診療行為は、行為の性質上、多かれ、少かれ危険な要素を含むものであり、定型的な疾病は別として、ある種の疾病においては、あえて、この危険な分野にふみ込むことによって疾病に対決せねばならないのに、余りに医師の責任を重くしては、医師はあえてこの「許された危険」をおかさなくなり、事勿れ主義の診療に墮する虞れもないではない。かくては、患者の側の利益を図ろうとすることが、かえって患者側に不利益をもたらすことになる。反面、医師の責任追及があまりにゆるやかなことは、被害者の人権擁護に欠けることとなり、また一部の心ない医師をして、医術の進歩から脱落させ、誤った安逸さを貧らせることとなり、社会にとっても、医学界にとってもマイナスとなる。

この二つの立場の間にあつて、最適の結果を求めることが診療過誤訴訟において法曹に課せられた任務であろう。しかしながら、認定の対象となる事項が、特殊専門的な分野の現象であるだけに、過失有無の認定をはじめとして、通常的不法行為による賠償請求事件におけるそれとは異なり格別に困難な問題が多い。以下、問題点のいくつかについて考察してみる。

- (1) 医療過誤訴訟という呼名もあるが——刑事々件関係の場合に多いように思われる——診察・治療を行うにあつての過誤という意味をもたせて診療過誤という名称によつた。なお *malpractice* という語は害意という言外の意味をも含んでいるので、より正確には *professional negligence* というべきであるという。(Charles Kramer, *medical malpractice*, (1965) p. 3.)
- (2) 丸山正次「医師の診療過誤について」司法研究報告書集第一八輯三頁以下。
- (3) Charles Kramer, *op. cit.*, p. 2 et seq.
- (4) 野田寛「わが国における医師の診療過誤訴訟(民事)の実態とその問題点」法学論叢七七卷三号一〇七頁、厚生省医務局監修「医療過誤民事裁判例集」(東京法令出版)など。

- (5) 赤石英「臨床医のための法医学」二五二頁、野田前掲一一一頁、丸山前掲一二二頁。
- (6) Charles Kramer, op. cit., p. 1.
- (7) 野田寛「医療過誤をめぐる判例の動向」法律時報四〇卷二号四頁。

## 二 当事者適格について

原告の適格についてはあまり問題はない。通常は施術を受けた患者自身、または固有の（民法第七十一条）ないしは死亡した患者の賠償請求権を相続した遺族である。しかし、まれではあるが右以外の第三者、たとえば、意識不明の患者に代わって診療を依頼した契約当事者が原告となることもある。また、患者に附添中に医師の指示不適当なため、患者が罹患していた伝染病に感染した家族ないしは附添看護婦などが原告となる場合も考えられる。

被告の場合は後述の請求原因との関係できまってくるが、直接、施術をした医師またはこれらの医師を雇傭する病院、または右医師と病院の両者の場合が一般である。最近、新聞などでとりあげられた予防接種による事故<sup>(1)</sup>など法律の規定によって施術がなされた場合は、施術の医師のほか、市町村長（予防接種法第五条）、都道府県知事、国（同法第六条）などが被告となることも考えられよう。なお、この場合、予防接種の指示をする保健所長（同法第八条）の責任も問題となつてこよう。

(1) 昭和四二年一〇月八日付読売新聞朝刊の記事によると、厚生省の非公式調査で、昭和三七年から同四一年までに報告された事故件数五〇件、うち死亡二七件で、後遺症にも補償がなく、大きな社会問題となつていゝという。

### 三 請求の趣旨について

診療過誤訴訟の多くは被告に対し金銭賠償を求めるもの（民法第七二二条）であるが、謝罪広告を請求した例もあるという（1）。しかしながら、神経科などで誤診した場合名誉を侵害したとされ、あるいは診療上の秘密を漏えいしたことなどから名誉毀損が問題とされることは考えられるにしても、診療行為そのものからの名誉侵害は考えられない。右請求も原告敗訴となったというが、当然のことと思われる。診療過誤訴訟そのものではないが、開業医がシミ、アザの治療のため、ストロンチュウムの照射をしたところ、ケロイド症状を呈したという事件に関連して、右事件を報道した新聞社を相手どって、医師が名誉毀損による損害賠償を請求した事例がある（2）。

（1）丸山前掲一〇四頁。

（2）大阪地判昭四二・三・三一判例時報四九二号七四頁。

### 四 請求原因をめぐる諸問題について

#### （1）診療契約について

診療にあたって何らかの法律関係が存在するわけであるが、この場合、考えられる法律関係は、いわゆる診療契約とよばれる契約関係である場合と、それ以外の場合に大別できる。

契約関係以外の場合であることが、一ばんはつきりするののは、事故などにより人事不省に陥った者を通りがかりの医師が診療する場合が考えられ、民法上は事務管理の法律関係となる。救急車で入院した患者と病院の関係も当初は事務管理となる場合が多く、その後、関係者の来院あるいは意識回復後の患者本人との話し合いによって契約関係に

移行することとなろう。救急患者の場合であっても、関係者が附添ってきたような場合は、その附添人と患者との関係から、病院との関係もきまるようにおもわれる。たとえば、全く無関係の通りすがりの人がつれてきたような場合は、前述したような法律関係になろうし、加害者がつれてきて、自ら治療の責任を負うことを明言したような場合は、その者との間の契約関係となろう(1)。

診療契約の場合、契約当事者に問題がある。患者に意思能力があり、行為能力者であれば問題ないが、未成年者の場合、精神科の患者などの場合は問題である。未成年者の場合は、法律的には親権者が契約当事者になるべきものと考えられるが、就学、就職のため親権者の民住地を離れた場所で発病し、診療をうけるような場合は、雇傭主などの関係者が附添って診療をうけにきた場合、本人自身できた場合などと複雑な場合を生ずる。

前者の場合は、その附添人との間の診療契約と構成できようが(2)、後者の場合は取消しうる契約となる。しかし、ことは生命に関するもので、患者にとって利益をもたらすだけの行為であれば、一般取引上の行為とは異なり、取消すことはできないものと解すべきであろう。

申込をうけた例については、個人開業医の場合は問題がないが、病院、診療所の場合は問題がある。まず、病院、診療所が医療法人(医療法第三九条)である場合と、法人格のない場合があり、法人格のない場合は、契約の相手方として、開設者(同法第七条)、管理者(同法第一〇条)、担当医師という三者が考えられるので、この関係を明確にする必要がある。一般的には開設者との間の契約ということになるか。

つぎに、診療契約の内容についてであるが、診療契約の場合は、その内容が特殊専門的であるため、患者の側からその内容を特定することが困難であり、したがって、その内容が明確でない場合が多いと思われる。診療契約の範囲は内科の場合、一般的には概括的になされ、これに反して、手術の場合はその目的が特定されるとの見解(3)もある

が、手術の場合であっても、試験開腹の場合などでは、その結果、どの部分の手術まで必要なのか、当初は不明の場合もあるから右見解も必ずしも当たらない。判決例のなかにも、肥厚性鼻炎の手術について「……患者に対する診断並に治療の方法について各医師の間で、微妙な見解の差異を生ずることは避け得ないところと認められ、また医師に患者の治療について多少の自由裁量の余地を認めなければ、時宜を得た適切妥当な処置を期待し得ないものと解すべきであるから……」と判示したものもある(4)。

もともと、疾病は単一化されたものではなく、いかなることが原因となって、病的症状が現れているのか明らかでない場合も多い。通常、患者は現れた病的な症状を訴えて、身体的、精神的不快の状態の除去を念頭に医師に診療を依頼するわけであるが、医師の側では患者の訴える「表現された症状」だけでは完全にその病的状態を説明することはできないと考えているのが普通である。医師の立場から、この点を「表現された客観的所見はたしかにある實在する病的現象を指示するが、それは『それ以外の異常状態がその患者にない』ということをもそのまま意味するものではない。」「表現された症状」と「實在する現象」とは必ずしも一致せず、それゆえに医学の格言に、病氣を診るのではなく、病人を診よ、といわれるのもこのためである」と述べている医学者もある(5)。

かくのごとく、診療契約の内容範囲は決して明確にきまっているものではなく、申込側の患者、相手方の医師の間に明確に範囲について意思の合致があったかどうかとも疑わしく、せいぜいその内容を特定するとしても、胸部に痛みを感じて受診した患者が薬物注射によりショック死した事件に際して診療契約の性質に言及した「通常病的症状を訴えて医院を訪れる患者と医師の間には、患者において先ず病的症状の医学的説明を求め、これに対する治療方法があるなら治療行為も求める旨の事務処理を目的とした準委任契約の申込をなし、医師において診察を始める以上は右病的症状の医学的説明という事務処理を目的とした準委任契約の申込を意思の実現により承諾し、続いて患者を他に紹

介する等これに対する治療を断らずこれを行う以上は治療行為という事務処理をも引続き行うことを前同様承諾したものと解するのが相当である。本件についてこれを見るに、訴外亡キミエと被告間に同女の胸部の痛みの医学的解明とこれを治療する事務処理を目的とした準委任契約が成立したものと解せられる<sup>(6)</sup>という程度のことになるうか。そして、診療契約の内容が右のごときものであるとすれば、たとえば、簡単な治療のために子宮を切開したところ、卵巣を抉出しなければ命に危険があることを発見し、直ちにその手術をしたような場合でも、これをいわゆる緊急診療<sup>(7)</sup>という特別の概念で理解する必要はなく、診療契約一般の問題として取扱えばよいであろう。ただし、上叙のところは、整形美容<sup>(8)</sup>など、その目的、内容が明確で法律上も請負契約と解されているような場合にはあてはまらず、この場合は別途に考察さるべきものと考ええる。

(1) 鍛治良堅・千鶴子編「家庭の法律」五〇三頁参照。通常、病院では氏名不詳としてカルテを作成し、警察に連絡して身許を調査し、関係者の来院をまって入院手続をする。

(2) 清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商雑誌五二巻六号七九七頁は、たとえば、近親者の依頼や承諾があったとしても、他人との契約によって患者を診療することはできない、とするのに反して、丸山前掲四四頁は、患者以外の者と医師との間の契約を民法五三七条の第三者のためにする契約だとする。

(3) 丸山前掲四四頁。

(4) 大阪地判昭三九・二・三判例時報三六九号三四頁。

(5) 松倉豊治「医療過誤と医師の立場」法律時報四〇巻二号一三頁。

(6) 神戸地判昭四二・一・二五判例時報四八一頁二〇頁。

(7) 丸山前掲三五頁以下。

(8) 滝川春雄「医療をめぐる法律上の諸論点」法律時報四〇巻二号一九頁。



## (2) 不法行為か債務不履行か

診療過誤を原因として損害賠償を求める場合、請求原因としては不法行為に構成することもできるし、債務不履行に構成することもできるし、一次的に債務不履行を主張し、予備的に不法行為を主張することも考えられる。

わが国の訴訟の実際においては不法行為を主張するものが圧倒的に多数であり、債務不履行を主張する場合でも、不法行為がだき合せに（予備的である場合と予備的なのかどうかハッキリしないものもある）主張されている状況にある<sup>(1)</sup>。ただ、最近、前出の神戸地裁判決が、医師と患者との診療契約について正面から判示し、医師の債務不履行責任を認めた点で注目されている。

不法行為責任と契約責任との関係については、民法の一般論として、請求権競合の問題として研究されており、また、診療過誤訴訟の場合のその問題についても、すでに数多くの学者によって検討が加えられている。判例、多数説は請求権競合を認めるのに対して<sup>(2)</sup>、加藤一郎教授は、契約責任と不法行為責任の相違点として、過失の举证責任、損害賠償の範囲、過失相殺、債務の連帯性、時効期間、相殺の許否、履行補助者による責任と使用者責任の差異、遺族の請求権などをあげられたいえ、実際にもっとも相違のでてくる举证責任と時効期間の点では、契約責任の方が被害者側に有利であること、原告が不法行為の主張を固執した場合、請求を棄却しなければならなくなるという不競合説の難点は、裁判所が当事者の法的請求にとらわれず、契約責任の要件である事実が主張、立証されていれば契約責任として請求を認容できるのであるから、実際上の不都合もないことを理由として、診療過誤訴訟の場合、理論的にまざっている不競合説をとり、契約責任で請求すべきであるとされる<sup>(3)</sup>。

しかしながら理論的にも実際的にも契約責任で訴求するほうが原告である患者側にとっては有利であると説かれながら、なぜに不法行為による請求が圧倒的に多数をしめるのであろうか。この点について、わたくしはつぎのよ

うに考える。

第一は、契約責任でゆく場合、いつ、誰れとの間で契約がなされたかという契約締結の点について明確な主張をすることが困難であるということである。さきに、診療契約の当事者についてのべたが、契約当事者の確定には問題が多い。とくに、患者が意識不明だった場合あるいは意識不明でなくとも苦痛がはなはだしいため、もっぱら附添の人との間で病歴のきき取りとか、入院手続とかがなされたような場合は、いつ、誰れと誰れとの間で契約がなされたというのか疑問がある。前出の契約責任を認めた初めての判決である神戸地裁の判決文が「病的症状を訴えて医院を訪れる患者と医師の間には……」と判示しているのも、右のような場合を考慮に入れて患者自身が症状を医師に対し訴えた場合だけに契約責任を限定している趣旨であろうか。

第二は、契約責任の主張をするためには、まず、なすべき債務の内容が特定していなければならないが、前にのべたように診療契約の内容範囲の特定は困難であるということが考えられる<sup>(4)</sup>。かりに、診療契約の内容は前にのべたように「胸部の痛みの医学的解明とこれを治療する事務処理を目的とした準委任契約」というように、大わくで特定したとしても、訴訟の実際においては原告の側で、どういう点が債務の不履行であるかを主張しなければならないであろう。そうしなければ、争点が明確にならず、被告の側で責に帰すべからざるものであったことを主張し、立証しようにも対象が把握できないからである。そして、かかる主張を原告に要求するとすれば不法行為によって請求する場合と何ら変わりはなく、かえって、前提である債務内容を無理に構成しなければならぬという重荷が原告にのしかかるだけに不利になると思われる。まして、後述のように、立証の点でも契約責任と不法行為責任の間に、さほどの差異が實際上、生じてこないということになればなおさらであろう。

第三は、数名の医師が問題となった診療に關与していた場合、あるいは、加害者と医師と双方に責任追及をしよう

とする場合<sup>(5)</sup>などの処理が複雑になるということである。一人の患者の診療に教人の医師が関与する場合も多い。いく人かの全く別箇の医師、病院が数次にわたって関与する場合もあり、また、同一の病院において医師が交替で関与するような場合もある。後者の場合は、契約責任を問うにしても、病院自体が診療契約の当事者となるから問題ないが、前者の場合は、相互に関係のない医師、病院の関係となるから、当然には連帯責任を問うことはできない。これらの医師、病院を相手に共同訴訟の提起は可能（民訴五九条後段、但し管轄については問題がある）であるが、請求の内容は各自について別箇である。こういう場合に不法行為な責任であれば民法第七一九条一項後段により容易に請求できるという利点がある。

第四は、積極的債権侵害とよばれる損害が発生した場合について問題がある。たとえば、注射をしたところ、器具の消毒不完全のため化膿したり、あるいは侵入した病原菌によって死亡したりした場合のように、ほんらいの債権債務関係をこえて、新しい侵害行為と目されるものが発生したような場合（診療過誤訴訟は大体こういう場合である）に、これを単に債務不履行の損害として処理できるか、別に不法行為の責任もあるのかという問題があり、医師の責任は契約責任であるとする説は、「積極的債権侵害の理論は、そもそも、従来不法行為とされていた領域を債務不履行の中に取入れるために作り出されたものといえるのであって、その方向に従えば、医師の責任もすべて債務不履行の問題として考えるべきだということになるであろう。またふつうの不完全履行の場合には、本来の債務不履行による損害と積極的債権侵害による損害といちおう形の上で区別できるが、医師の責任については、それを区別することが不可能に近い。そこで、理論的にも、実際的にも医師の契約責任は、そこから生じたすべての損害に及ぶと解せられる<sup>(6)</sup>とし、あるいは「これらの第二次的侵害をも債務不履行の内容に属するものとして扱うことが妥当であろうと思う。なぜならば、これらの第二次的侵害は債務者がその債務を履行するために為した行為によって引き起さ

れたものであり、債権債務の關係のない者の間において為された行為とは異なり、かかる債務がなければ起きることのないことだからである」(7)と説く。しかしながら、端的に不法行為責任を問うる場合、こういう理論上の一抹の疑問を残しながら、あえて契約責任を問う必要があるであろうかという疑がある。

以上のような理論上の疑問があるうえに加えて、つぎのことがある意味においては上記の問題点以上に当事者の意識にあるからではないかと思われる。これを一言にしていえば、訴訟提起をする原告に契約關係の意識を欠如させる要素があるということである。まず、診療過誤訴訟は、当事者ないし關係者にとって、予想外の結果が発生した場合(8)に提起されるものであること、このことは換言すれば、診療契約をはみ出した位置で事故が発生していることを意味する。もう一つは、医師と患者との間における信賴關係の欠如である。いな、単に信賴關係の欠如以上に、医師側の態度(医術的な誤りも含めて)に対して責任を追及してやろうという、通常の契約を破棄された場合とは異質の責任追及の姿勢が原告側にあるということである。単なる契約不履行は、取引社会では、ある意味で予想された結果であり、それは金銭によつて清算されれば足りると思わざるを得ない意識が当事者間にあるが、診療過誤の場合は、それとは異なり、前述のように予想外の結果に対する責任追及であり、こととは生命、身体に関するものとして単に金銭賠償で足りるとは当事者にとつて考えられないものであり(金銭による賠償は結果である)、訴提起に至るまでに医師との間にかもし出された感情上の不和もあり、これらの要素は、いずれも契約責任を問うより不法行為責任を追及するのにふさわしいもののように思われるのである。

これらのことを綜合して、わたしは、特殊の請負契約と目されるような診療契約の場合は別として(9)、その他の一般の場合は、無理な構成をして契約責任を請求原因とするより、より争点が明確になる不法行為を請求原因とすべきであると考ええる。

なお、医師と患者の間を契約関係として把握することと、診療過誤訴訟の場合、契約責任で追及すべしとする事との間には矛盾はない。なんとなれば、契約関係を措定すればこそ、医師の患者に対する診療上の善管義務も基礎づけられるのであるし、反面、診療過誤訴訟を惹き起すものは多くの診療のうちの例外的現象であるから、この場合は必ずしも契約関係を前提としなくともよいと考えるのである。

(1) 野田前掲一〇三頁。

(2) 清水前掲八〇六頁、丸山前掲一〇九頁。

(3) 加藤一郎「医師の責任」損害賠償責任の研究(上)五〇九頁。清水前掲八〇七頁。

(4) 清水前掲八〇二頁以下。

(5) 東地判昭四二・六・七判例時報四八五号二二頁は、交通事故の加害者と被害者の治療をした国立病院とに共同不法行為責任を認めた。

(6) 加藤前掲五〇八頁。

(7) 清水前掲八〇五頁。

(8) 唄孝一「医療における過失過認定の論理」文部省大学病院資料第五号四頁。

(9) 米国では「治癒」または「特別な結果」について特約があった場合に契約責任が生ずるものとされている。なお、この場合は損害賠償保険約款で、保険会社は免責されるのが大部分である。Charles Kramer, op. cit., p. 18 et seq. わが国の保険約款も同様である。

### (3) 過失の認定についての問題

これまでの診療過誤訴訟のなかで、請求原因中に故意を主張したものは、わたくしの知る限りでは、わずかに一件(1)で、それ以外はすべて過失を主張するものである。

過失の認定の困難さは、診療過誤訴訟における場合だけではないことはいうまでもない(2)。

「過失」それ自体を直接、証明対象となし得ないので、過失の認定は、被告がなした事実の確定とそれに対する法的評価をすることとなる。ところで、診療過誤訴訟におけるこの二つの証明は原告にとっても困難であると同時に裁判所にとってもきわめて困難な作業である。その理由は「それにかかわる道具や人員が業務者たる医師の独占的コントロールのもとにあること、その行為の意味（因果関係、注意義務）の認識のために専門的知識を必要とすること」(3)にある。該訴訟における過失認定の問題を考える場合には常にこのことが底辺にあって考えられているといつてよい。

過失認定の抽象的基準が、個々の医師の能力ではなく、その立場におかれた場合の平均的医師の、現在医学の水準における能力を基準として判断すべきものとすることには異論はない(4)。問題はこの基準に照して過失ありと認定するためには何をどう立証したらよいかである。従来、この立証が困難なところから、挙証責任の分配いかんによって、訴訟の結果が左右されることを当然の前提として、前述の契約責任、不法行為責任の問題と並んで立証の問題が論じられてきたのであるが、最近、過失認定の内容について、より分析的、具体的研究がなされてきている。その一つに阪大中野教授の「過失の「一応の推定」について」(法曹時報一九卷一〇号、一一号)があり、そのなかで、同教授はきわめて注目すべき意見をのべられている。「もともと問題となる過失の内容じたいは、契約責任でも不法行為責任でも変わりがないはずであるのに、手続上そのいずれを主張するかによって、過失の真否不明の訴訟上の結果が全く逆になるというのが根本的におかしいといわなければならないが、この点が契約責任に基づき請求だけを認めてつねに医師側に無過失の挙証責任を負わせることによって解決されるとみるのは皮相であろう。過失の立証が被害者たる患者やその遺族にとって困難であるのと同様に無過失の立証もまた、医師の側にとって必ずしも容易ではなく、

医師側が無過失を立証できない場合に医師側に過失があったことの蓋然性が高いとも必ずしもいえないからである」

「診療事故一般につき債務不履行責任のみを取り上げ医師につねに無過失の挙証責任を負わせるというのでは、問題を裏返しにしたにとどまって、その解決とはならないであろう。むしろ、問題は、過失事実の認定にあたる裁判官の経験にしたがう自由な心証形成の過程において、必要な範囲では「一応の推定」の利用をとおして、いわば挙証責任転換の半歩手前で解決されるべきであろう」<sup>(5)</sup>と。そして、教授は、「過失の一応の推定は通常の証拠によつては認定できない過失を経験則の適用のみによつて推断しようとするものであるが、このように証拠による事実認定の限界を経験則の利用によつてのり越えることは、裁判の適正を得るために、しばしば決定的な意味をもつものと考えられるのである」<sup>(6)</sup>として、「一応の推定」の一般的基準として、大審院明治四〇年三月五日判決の「事件ニ依リテハ其ノ損害ガ被告ノ過失アルニ非ザレハ通常生ゼザルベキ事情ノ存スルコトナキニアザルヲ以テ斯克ノ如キ場合ニ於テハ其損害ハ一応被告ノ過失ニ原因シタルモノト推定スルヲ得ベシ」(民録一六輯三二八頁)という判決をよるべき基準とされるのである<sup>(7)</sup>。

過失の認定が、明確な基準が認識されたいうでなされることは、適正な判決をうるためにのぞましいことであり、右に引用した提言はこの意味において、有用である。そして、右提言に関連して今後の問題は「損害が被告ニ過失アルニ非サレバ通常生ゼザルベキ事情」ある場合というのは、いかなる場合がこれにあたるかということが、医学者との共同作業によつて明らかにさるべきであろう。それと同時に右推定はいかなる事実が立証されたとき覆されることになるのか、通常の場合と異なった結果が現れた原因たとえば特異体質までが立証されなければならないのか、それとも、具体的(決定的といつてもよい)原因まで証明できなくとも、医師として、その診療に適當であつた処置の一つ一つを誤りなく、履行したことのみが証明されれば、その結果の原因まで特定立証できなくとも反証として充分で

あるのかも検討されなくてはならないであろう。ともあれ、過失認定の問題については稿を改めて他日検討を加えたいと考えている。

(1) 大阪地判昭三八・三・二六判例時報三四三号一七頁。

(2) 法律時報三九卷四号は「過失をめぐる刑法理論と民法理論」を特集している。

(3) 唄孝一「戦後の民事判例における医師の過失責任(上)」法律のひろば昭四二年六月号

(4) 唄孝一「前掲(下)」法律のひろば昭四二年七月号四二頁、同「医療における過誤訴訟の位置」科学一九六六年一〇月号五七一頁、加藤前掲五二〇頁、米国医師協会の医師倫理綱領二条は、医師が常に医学知識と技術の進歩につとめなければならない旨を規定する Charles Kramer op. cit., p. 6 et seq.

(5) 中野貞一郎「過失の一応の推定について」法曹時報一九卷一一号三〇頁以下。

(6) 中野「前掲」法曹時報一九卷一〇号九頁。

(7) 中野「前掲」一五頁。

#### (4) 承諾書(免責約款)について

手術に際して、手術の結果について異議をのべない旨の手術承諾書を差し入れる慣行があり、この承諾書の法的効果について、これを法律上意味のないものとする説と、有効とする説とがある。前者は承諾書が医師のいかなる処置、いかなる過誤に対しても全く異議をのべないというのであれば、あらかじめ不法行為に対し承諾したことになり、公序良俗に反するし、もし、将来発生する損害賠償請求権の免除の趣旨であれば、不法行為を奨励する結果となるので同じく公序良俗に反し無効である。また、医師としてなすべき相当の処置をしたが悪結果を生じたような場合に責任を追及しないという意味ならば、かかる場合はもともと法律上責任を負わない場合であるから不必要な契約となることを理由とする(1)。これに反して、後者は、かかる承諾書は故意の傷害まで許す趣旨ではないから不法行為を



承諾したことにはならない。また将来発生する権利であっても、処分可能であり、将来権利者となった場合に賠償請求権を行使しないという契約もそれだけでは公序良俗に反するとはいえない。例文、すなわち、きまり文句として有効、無効の争を生ずる余地はあるが、これは当事者が真にこの契約を締結する意思があったかどうかできめねばならないとする(2)。

前者の説くように、かような承諾書は全く法律上、意味のない当事者の気休めにすぎないものと一概にいうことはできないと考えるが、現在、習慣的に行われている手術承諾書の差し入れについてはその取扱いに反省すべきものがあると思う。これまでのように手術に際して、特別の説明もなしにかかる承諾書を差し入れさせたような場合は、例文として、当事者にそれによって拘束される意思がなかったとみるか、あるいは急迫の状態にある者との契約として無効と解せざるを得ないであろう。

医師側としては今後、真にかかる承諾書の必要な場合に限って、何故必要かの事情を説明(4)して、そのうえで承諾書を差し入れさせるという方向にゆくべきであろう。たとえば、新鮮血を輸血せねばならないような場合に、輸血にさき立って、将来、梅毒に罹患する危険性がないわけではないこと、それにもかかわらず、あえて新鮮血の輸血をする必要があることを説明して、そのうえで承諾書の提出を求めるというがごときである。かようなことは新薬を使用する場合などにも考えられよう。なお、こうすることは、事前に無用な紛争を防止することにもなる。

最近の高裁判決(4)に「右誓約書は開胸手術を受けようとする患者が手術の直前に病院に対し、差し入れたもので、たといその中に第一審被告主張のごとき文言の記載があるとしても、これを以って当該手術に関する病院側の過失を予め宥恕し、あるいはその過失に基く損害賠償請求権を予め放棄したものと解することは、他に特別の事情がない限り、患者に対して酷に失し衡平の原則に反すると解せられるから、第一審被告は右誓約書を理由に損害賠償の責任を

免れることはできない」と判示したものがあつたが、特別の事情のある場合には、かかる免責の契約も有効と解する余地のあることを示している点が注目されるのである。

- (1) 山崎佐「手術と承諾」開業医の法律問題四輯三四頁以下。
- (2) 丸山前掲一〇八頁。
- (3) 唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明」契約法体系Ⅶ六六頁以下。
- (4) 東京高判昭四二・七・一一判例時報四九六号四八頁。

## 五 む す び

以上は、診療過誤訴訟の問題点のいくつかをごく皮相に考察したにすぎない。

実務の経験を多少有することから、判決の形成過程の考察こそ真に裁判学にふさわしいものとして好箇の研究テーマとねんらい考えてきたし、診療過誤訴訟において、医学的判断と法的判断のギャップの解明という点からは特にこの角度からの研究が重要であると思ひながらも、それにふれ得なかつたのは能力不足に加えて研究不足以外のなにもでもない。この点で、都立大、唄教授の「……もっと正確に研究するためには、それらの裁判関係書類の事後的分析では所詮不十分であらう。ある事件をめぐって、それが法廷にあらわれるまでの事実、訴訟問題となる契機、そして、訴訟提起、準備書面を経て法廷の追行とともに進行する裁判官の判断の形成過程を法廷におけるやりとりの推移に対応させ同時に平行観察する方法を必要とするのではあるまいか」<sup>(1)</sup>という提案には全面的に賛成であるし、今この角度からの解明をはかりたいと考えているものである。

(1) 唄孝一「医療における過失認定の論理」文部省大学病院資料第五号二〇頁。

## 〔追記〕

昭和三八年一二月から安田火災海上保険株式会社が医師賠償責任保険を開始したが、「過失によって生じた偶然な事故」の保険であるから、いぜんとして、過失認定の問題は残る。右の保険制度が診療過誤訴訟にどういう影響を及ぼすかは、興味あるところであるが、今回はこれにふれ得なかったので、後日、この点については検討を加えたいと考えている。